

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Sanction, qualifications et régimes juridiques. A propos de la majoration due à l'O.N.S.S.**

Raneri, Gian-Franco

*Published in:*  
J.T.T.

*Publication date:*  
2008

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Raneri, G-F 2008, 'Sanction, qualifications et régimes juridiques. A propos de la majoration due à l'O.N.S.S.', *J.T.T.*, p. 201-204.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## RECHTSLEER ■ DOCTRINE

## Sanction, qualifications et régimes juridiques

## A propos de la majoration due à l'O.N.S.S.

**1. — Position du problème.** — Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1999 (1), l'article 30bis, § 3, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs prévoyait que celui qui, faisant appel à un cocontractant non enregistré, ne retient pas, lors de chaque paiement qu'il effectue à ce cocontractant, 15% du montant dont il est redevable, non compris la taxe sur la valeur ajoutée, pour verser cette retenue à l'O.N.S.S., doit à celui-ci une majoration égale au double du montant dû, sans préjudice de l'application des sanctions prévues par l'article 35, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>.

In fine, cet alinéa 3 énonçait que « le Roi détermine les conditions dans lesquelles cette majoration peut être remise en tout ou en partie ». Pris en exécution de cette disposition, l'article 28 de l'arrêté royal du 5 octobre 1978 (2) permet à l'O.N.S.S. d'accorder la dispense totale de la majoration lorsque le cocontractant et les sous-traitants ne sont pas débiteurs de cotisations de sécurité sociale et de dispenser de 50% de ladite majoration lorsque le non-paiement est la conséquence de circonstances exceptionnelles.

Comment qualifier la majoration prévue par l'alinéa 3? Constitue-t-elle une mesure de nature civile, administrative ou répressive (une sanction pénale au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des liber-

tés fondamentales, ci-après « la Convention », ou une peine au sens du droit interne), voire une mesure *sui generis*?

Tant la Cour constitutionnelle (3) que la Cour de cassation (4) se sont récemment prononcées sur cette question; les arrêts — rendus respectivement le 20 juin 2007 et le 19 novembre 2007 — sont publiés dans la présente livraison de la revue. La présentation des thèses jurisprudentielles en présence, principal objet de la note, intéresse, au-delà de l'aspect de la qualification, celui du régime juridique de la majoration. Celui-ci représente l'enjeu réel du débat.

**2. — Cour de cassation - Thèse de la sanction civile.** — Les faits de l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 2007 peuvent être brièvement résumés comme suit. En 1996, une personne fait réaliser les travaux de gros œuvre d'une maison par une société de construction. En 1998, celle-ci est déclarée en faillite. En 2000, le maître d'ouvrage et l'O.N.S.S. comparaissent volontairement devant le tribunal du travail, pour qu'il soit statué sur la prétention de l'O.N.S.S. visant au paiement par le maître d'ouvrage, des cotisations de sécurité sociale dont l'entrepreneur lui était redevable (5), sur la base de l'article 30bis, § 1<sup>er</sup>, de la loi précitée, mais aussi de la majoration prévue par le paragraphe 3 de cette même disposition, faute d'avoir retenu et versé 15% de chaque paiement effectué à l'entrepreneur non enregistré.

Devant la cour du travail, le maître d'ouvrage revendique entre autres un droit de contrôle de pleine juridiction, en vue de moduler la « sanction » par application du principe de proportionnalité. La cour du travail décide qu'elle ne peut la moduler, pour les motifs suivants : « Tirant des parallèles avec la responsabilité solidaire des entrepreneurs, le [maître d'ouvrage]

estime que la cour [du travail] pouvait, dans son cas également, moduler la « sanction » qui a été imposée par [l'O.N.S.S.] dans le respect du principe de proportionnalité. (...) Il existe cependant une différence décisive entre les deux cas : alors que les manquements des entrepreneurs sont passibles de sanction pénale, les manquements reprochés au [maître d'ouvrage] ne connaissent pas de sanction pénale. En effet, l'article 35 de la loi du 27 juin 1969 ne déclare pas punissable sur le plan pénal le fait de faire appel à un entrepreneur non enregistré; il y a uniquement, en ce cas, application d'un principe de droit civil, la responsabilité solidaire, et un tempérament énoncé par la loi, à savoir que cette solidarité est limitée à 50% du prix total des travaux, non compris la taxe sur la valeur ajoutée (...) ».

Reprochant aux juges d'appel leur refus de déployer un contrôle de pleine juridiction, le maître d'ouvrage invite la Cour de cassation, d'une part, à appréhender la majoration comme une sanction pénale au sens des « principes généraux du droit pénal », des articles 3 et 6 de la Convention et 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, P.I.D.C.P.). Le maître de l'ouvrage vise, de la sorte, à fonder une modulation de la majoration sur la règle de proportionnalité (facette du contrôle de pleine juridiction) telle que contenue à l'article 28 de l'arrêté royal précité.

La Cour ne valide pas ce mode d'appréhension; elle affirme, au contraire, le caractère civil de la majoration, en ce qu'elle constitue, à ses yeux, une indemnité forfaitaire de réparation, prévue dans l'intérêt général, de l'atteinte portée au financement de la sécurité sociale. Par là même, la Cour de cassation dénie la qualification de « peine » à la majoration. Dans la mesure où le contrôle de pleine juridiction est fondé, par le demandeur en cassation, sur une qualification de « sanction pénale » rejetée par la Cour, celle-ci n'examine pas davantage le grief, celui-ci manquant en droit.

D'autre part, dans le même but, le maître d'ouvrage soutient que, contrairement à ce qu'affirment les juges d'appel, le défaut de versement de la retenue est assorti à la fois d'une peine et d'une majoration.

(1) Articles 1<sup>er</sup> et 13 de l'arrêté royal du 26 décembre 1998 portant des mesures en vue d'adapter la réglementation relative à la responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales en application de l'article 43 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, M.B., 31 décembre 1998.

(2) Arrêté royal du 5 octobre 1978 « portant exécution des articles 400 à 404 et de l'article 408, § 2, 2<sup>o</sup>, du Code des impôts sur les revenus 1992 et des articles 30bis et 30ter, § 9, 2<sup>o</sup>, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », M.B., 7 octobre 1978 (abrogé par l'article 36, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal portant exécution des articles 400, 401, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 et de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, M.B., 31 décembre 1998).

(3) Cour const., arrêt n° 86/2007 du 20 juin 2007, publié ci-après p. 205.

(4) Cass., 19 novembre 2007, R.G. n° S.06.0075.F, publié ci-après p. 210. Voy. également Cass., 6 septembre 1993, Pas., n° 327.

(5) Le solde débiteur de la société de construction vis-à-vis de l'O.N.S.S. était inférieur à la limite de 50% des travaux fixée par ce paragraphe 1<sup>er</sup>.

Pour la Cour, il importe peu en termes de qualification juridique que des poursuites proprement pénales puissent être intentées du chef du fait donnant lieu à la majoration. Pour le surplus, indépendamment de la question de la qualification, comme la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de le souligner, une procédure administrative doit pouvoir être conduite en l'absence d'une procédure pénale et un constat d'infraction doit pouvoir être prononcé par une juridiction non répressive en l'absence d'une déclaration formelle de culpabilité par une juridiction répressive (6).

De la nature juridique retenue (7), la Cour déduit que le « principe de proportionnalité des peines » (8) ne trouve pas à s'appliquer à la majoration visée à l'article 30bis, § 3, alinéa 3, précité; l'idée sous-jacente est *a priori* qu'il ne peut être question de proportionnalité pour une mesure de réparation.

La solution ainsi adoptée s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence que la Cour de cassation a traditionnellement développée notamment sur la nature juridique des « sommes » dues à l'O.N.S.S. en application de l'ancien article 30ter, § 6, A et B (9), de la loi du 27 juin 1969 précitée (10) et sur celle des condamnations d'office (11).

Cette jurisprudence les considère, non comme une peine (12), mais comme une mesure

civile (13), poursuivant un intérêt public, c'est-à-dire un intérêt général visant à mettre fin aux suites préjudiciables à la collectivité (l'atteinte au financement de la sécurité sociale (14)...) du comportement litigieux (15).

**3. — Principe(s) de proportionnalité : approche transversale à l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation.** — Dans l'arrêt du 19 novembre 2007, ce qui est au cœur du débat quant au régime juridique, c'est l'applicabilité du principe de proportionnalité. Le moyen, développé toutefois sous un angle pénal, visait le principe de proportionnalité au titre de facette du contrôle de pleine juridiction, en l'occurrence, dans les limites de l'article 28 de l'arrêt royal du 5 octobre 1978 précité. Quant à la Cour, en raison de la qualification retenue, elle

terne, le législateur pénal n'ayant pas inscrit les « sommes » dues à l'O.N.S.S. ou les condamnations d'office au nombre des peines. Ce n'est que récemment que la Cour de cassation a été appelée expressément à se prononcer, à l'aune de la Cour européenne des droits de l'homme, sur la nature des condamnations d'office (Cass., 12 septembre 2007, R.G. n° P.07.0373.F, ou un peu plus anciennement, qu'elle y avait été conviée pour les sommes dues à l'O.N.S.S. en application de l'ancien article 30ter, § 6, B, précité (Cass., 8 mai 2000, Pas., n° 276, avec concl. de M. le procureur général J.-Fr. Leclercq, alors premier avocat général) ou A (Cass., 6 décembre 1999, Pas., n° 661, pour un moyen pris de la violation notamment de l'article 15 du P.I.D.C.P.). Pour une amende infligée du chef du défaut de tenue du registre des prestations par les dispensateurs de soins, voy. Cass., 6 mai 2002, Pas., n° 275, avec concl. contraires du min. publ.; dans le même sens, Cass., 6 mai 2002, R.G. n° S.01.0006.N, inédit.

- (13) Pour les condamnations d'office, la Cour parle parfois de mesures ayant « un caractère propre » ou « une nature *sui generis* » (cons. G.-F. Raneri, *op. cit.*, p. 551).
- (14) Cass., 21 février 2000, Pas., n° 137; Cass., 8 septembre 1999, Pas., n° 441. Voy. également Cour const., arrêt n° 92/2000 du 13 juillet 2000.
- (15) Voy. par exemple Cass., 6 novembre 2002, Pas., n° 585, Cass., 21 février 2000, Pas., n° 137, Cass., 24 juin 1998, Pas., n° 335; voy. aussi Cass., 22 novembre 2006, R.G. n° P.06.0953.F (condamnations d'office fixées à l'article 35, anciens alinéas 2 et 4, de la loi du 27 juin 1969 précitée). Sur cette jurisprudence, voy. toutefois *infra*. Notons que ces condamnations d'office visées à l'article 35, anciens alinéas 2 et 4, figurent respectivement, d'une part, à l'article 35, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, et § 3 et, d'autre part, à l'article 35, § 1<sup>er</sup>, alinéa 5, et § 3. En fait, le paragraphe 3 ajoute à la condamnation d'office correspondant à l'ancien alinéa 2; sur l'influence de cet ajout quant à la qualification juridique : voy. Cour const., arrêt n° 46/2008 du 4 mars 2008, Cour const., arrêt n° 157/2007 du 19 décembre 2007; pour un commentaire de cet arrêt n° 157/2007, cons. O. Michiels, « Du neuf au sujet de la condamnation d'office visée par l'article 35, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés », *Revue de la Faculté de droit de l'U.Lg.*, 2008, pp. 39 à 48; avant ces arrêts, voy. en doctrine, D. Hautier, *op. cit.*, pp. 151 et 152. En ce qui concerne d'autres condamnations d'office : Cass., 29 octobre 1991, Pas., 1992, I, n° 118 (restitution au sens de l'article 44 du Code pénal); Cass., 15 mars 1994, Pas., n° 123, voy. aussi Cass., 30 mai 2000, Pas., n° 329 (indemnité forfaitaire prévue par l'article 11bis de l'arrêt royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux, disposition abrogée par la loi du 23 mars 1994, mais demeurant applicable en vertu de l'article 29, § 2, de la même loi aux faits commis avant le 1<sup>er</sup> avril 1994); Cass., 21 janvier 1987, Pas., n° 294 (condamnation d'office instituée par l'article 16bis de la loi du 7 janvier 1958 concernant les fonds de sécurité d'existence).

rejette l'application à la majoration du « principe de proportionnalité des peines ». En matière pénale au sens du droit interne, la Cour affirmait, dans les années 90, qu'il n'existe aucun principe général du droit dit « de proportionnalité » (16) (17). Pareille jurisprudence ne l'a, toutefois, pas empêché, dans un arrêt du 5 mars 2003 (18), d'énoncer que « (...) le juge détermine souverainement, dans les limites établies par la loi et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la peine qu'il estime proportionnée à la gravité de l'infraction déclarée établie ». Enfin, dans un arrêt du 27 septembre 2005 relatif à une amende pénale au dédouble des droits en jeu en matière de douanes et accises (19), la Cour de cassation n'a pas hésité à poser la question préjudicielle telle que libellée par le demandeur en cassation, alors que celle-ci se réfère au principe général du droit de proportionnalité.

Une autre observation s'impose. Un examen transversal de la jurisprudence de la Cour de cassation témoigne, en effet, d'une imprégnation croissante du principe de proportionnalité en droit sanctionnel (20). Cette imprégnation est, en matière de sanction administrative, associée explicitement ou implicitement au droit de bénéficier d'un contrôle de pleine juridiction. L'examen transversal prend ici la forme d'un bref état des lieux.

En droit social, c'est en matière de chômage que la Cour de cassation s'est prononcée sur l'étendue du contrôle de « proportionnalité » des « sanctions ». Elle décide que le tribunal du travail exerce un contrôle de pleine juridiction sur la décision prise par le directeur du bureau du chômage, ce qui implique qu'à condition de respecter les droits de la défense et de rester dans le cadre de l'instance, tel qu'il est déterminé par les parties, tout ce qui relève du pouvoir d'appréciation du directeur tombe sous le contrôle du tribunal du travail, sauf lorsqu'une disposition particulière confère explicitement au

- (6) C.E.D.H., arrêt *Mamidakis c. Grèce* du 11 janvier 2007 (définitif), spécialement § 33.
- (7) Comp. Cass., 6 septembre 1993, Pas., n° 327 : « la majoration prévue par l'article 30bis, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969, constitue une sanction administrative qui est directement applicable en vertu de la loi à celui qui n'a pas effectué auprès du défendeur les versements prescrits par l'article 30bis, alinéa 3, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 » (c'est nous qui soulignons).
- (8) Voy. *infra* point 3.
- (9) L'article 30ter a été abrogé par l'article 2 de l'arrêt royal du 26 décembre 1998 portant des mesures en vue d'adapter la réglementation relative à la responsabilité solidaire pour les dettes sociales et fiscales en application de l'article 43 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions (M.B., 31 décembre 1998). Une disposition analogue à celle de l'ancien article 30ter, § 6, B, figure à l'actuel article 30bis, § 8, de la même loi.
- (10) Cass., 8 mai 2000, Pas., n° 276, avec concl. de M. le procureur général J.-Fr. Leclercq, alors premier avocat général, Cass., 6 décembre 1999, Pas., n° 661, Cass., 6 décembre 1999, R.G. n° S.98.0096.F, inédit, Cass., 3 mai 1999, Pas., n° 256, avec concl. de M. le procureur général J.-Fr. Leclercq, alors avocat général (comp. Cour const., arrêt n° 157/2002 du 6 novembre 2002, Cour const., arrêt n° 123/99 du 7 décembre 1999).
- (11) Voy. D. Hautier, « La nature et l'utilité des condamnations d'office en droit pénal social », in *Droit pénal social : actualités et perspectives* (sous la dir. de Ch.-E. Clesse), actes du colloque du 1<sup>er</sup> juin 2007 organisé par la Conférence du Jeune barreau de Charleroi, pp. 147 à 167, « Les condamnations d'office en droit pénal social », discours prononcé en substance par M. le procureur général G. Ladrière, lors de l'audience solennelle de la cour du travail de Mons, le 4 septembre 2006 (discours préparé et rédigé avec la collaboration de M. le substitut général D. Hautier), *JTT*, 2006, pp. 433 et s., G.-F. Raneri, « Les condamnations d'office », note sous Corr. Liège, 10 mai 2002, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 549 à 562 et la jurisprudence et doctrine citées.
- (12) Le terme « peine » semble employé, ici, uniquement dans son sens classique, soit celui du droit in-

- (16) Cass., 1<sup>er</sup> février 1995, Pas., n° 62, Cass., 16 novembre 1994, Pas., n° 490.
- (17) C.E.D.H., arrêt *Gökten c. France* du 2 juillet 2002, § 58 : « il n'existe pas de précédent des organes de la Convention, ni au titre de l'article 6 ni au titre de l'article 7, qui censure le fait pour le législateur de prévoir une peine fixe, ou qui oblige le juge à "moduler" cette peine en fonction des circonstances de la cause, indépendamment de l'importance de l'amende douanière infligée ».
- (18) Cass., 5 mars 2003, Pas., n° 151 (relatif à une peine de réclusion à perpétuité). Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. par exemple, décision *Sawoniuk c. Royaume-Uni* du 29 mai 2001.
- (19) Cass., 27 septembre 2005, Pas., n° 461 (Cour const., arrêt n° 138/2006 du 14 septembre 2006 et Cass., 13 février 2007, R.G. n° P.05.0371.N). Comp. C.E.D.H., arrêt *Mamidakis c. Grèce* du 11 janvier 2007 (voy. *infra*). Comp. C.J.C.E., 12 juillet 2001, aff. C-262/99, *Louloudakis c. Grèce*.
- (20) Cons. D. Renders, M. Joassart, G. Pijcke et F. Piret, « Le régime juridique de la sanction administrative », in *Les sanctions administratives* (sous la dir. de R. Andersen, D. Déom et D. Renders), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 220 à 259. Cons. également F. Kéfer, « Le rôle prépondérant de la sanction financière et sa proportionnalité en droit pénal social », in *En hommage à G. Kellens - Une criminologie de la tradition à l'innovation*, Bruxelles, Larcier, 2006, spécialement pp. 329 à 333.

directeur un pouvoir discrétionnaire relatif à une décision qui doit être prise, auquel cas le juge ne peut ni priver le directeur de son pouvoir d'appréciation, ni se substituer à lui (21).

En droit fiscal, le dernier état de la jurisprudence de la Cour est fixé en ce sens qu'il appartient au juge auquel il est demandé de contrôler la sanction infligée en vertu de l'article 70 du Code de la T.V.A., d'examiner la légalité de cette sanction et il peut, plus particulièrement, examiner si cette sanction est conciliable avec les conditions impératives des conventions internationales et du droit interne, y compris les principes généraux du droit. Ce droit de contrôle doit permettre notamment au juge d'examiner si la sanction n'est pas disproportionnée à l'infraction, de sorte qu'il peut examiner si l'administration pouvait raisonnablement infliger une amende administrative d'une telle importance. Le juge peut ainsi prendre en considération spécialement la gravité de l'infraction, le taux des sanctions déjà infligées et la manière dont il a été statué dans des affaires similaires, mais il lui incombe de tenir compte à cet égard de la mesure dans laquelle l'administration elle-même était liée par rapport à la sanction. Il en découle que le juge, qui doit pouvoir apprécier en fait et en droit toutes les circonstances pertinentes, et qui doit pouvoir contrôler tout ce qui est soumis à l'appréciation de l'administration, n'y puise pas le pouvoir de réduire ou de liquider une sanction pour de simples motifs d'opportunité et à l'encontre des règles légales (22).

Dans le cadre de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, la Cour de cassation a énoncé que le juge qui est saisi d'un appel d'un transporteur aérien contre une amende administrative qui lui a été infligée en vertu de l'article 74/4bis, § 1<sup>er</sup>, de ladite loi, peut contrôler la légalité de cette sanction et, plus particulièrement, il peut examiner si les circonstances de fait et les conditions légales sont remplies et si la sanction correspond aux prescriptions légales, notamment en vérifiant si

elle est proportionnelle, sans pouvoir lever l'amende administrative pour de simples motifs d'opportunité ou d'équité (23).

**4. — Cour constitutionnelle - Thèse de la sanction pénale.** — La lecture par la Cour de cassation de l'article 30bis, § 3, alinéa 3, s'écarte de celle fournie par la Cour constitutionnelle. Celle-ci lui réserve une qualification pénale au sens de l'article 6.1. de la Convention, par une application propre des critères dégagés de la doctrine des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

De cette qualification conventionnelle, la Cour constitutionnelle déduit l'applicabilité des « principes généraux » du « droit pénal » à la majoration; relevons particulièrement que, parmi ces principes, la Cour constitutionnelle a déjà reconnu celui « qui exige que rien de ce qui appartient au pouvoir d'appréciation de l'administration n'échappe au contrôle du juge » (24).

Constatant d'un autre côté qu'il ne s'agit pas d'« une peine au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Code pénal », la Cour constitutionnelle se refuse à une application automatique des règles internes du droit pénal et de la procédure pénale. Elle examine si, en ne permettant pas que s'appliquent à cette majoration certaines de ces règles, le législateur n'a pas méconnu les articles 10 et 11 de la Constitution. A ce titre, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que l'article 30bis, § 3, alinéa 3, précité, viole ces dispositions constitutionnelles en ce qu'il ne permet pas au tribunal du travail d'ordonner un sursis à l'exécution du paiement de la « majoration » ou d'en modérer le montant s'il existe des circonstances atténuantes (25).

## 5. — Cour constitutionnelle, contrôle de pleine juridiction, principe général du droit pénal.

— Dans de nombreux arrêts, la Cour constitutionnelle examine si le juge est autorisé à exercer sur la décision infligeant une sanction un contrôle de pleine juridiction. Ce juge doit pouvoir vérifier si la décision administrative est justifiée en fait et en droit et si elle respecte les dispositions législatives et principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité (26) (27). Il s'ensuit que si le législateur estime devoir permettre à l'administration de moduler l'importance de la sanction, rien de ce qui relève de l'appréciation de l'administration ne doit pouvoir échapper au contrôle du juge.

Ce droit de bénéficier d'un contrôle de pleine juridiction est reconnu de différentes manières et notamment, sur la base de l'article 6 de la Convention (28) ou, comme mentionné ci-dessus, au titre de « principe général de » droit pénal » (29).

## 6. — Rapprochement prétorien - Condamnation d'office ne tendant pas à la réparation pécuniaire du préjudice subi par l'organisme percepteur des cotisations de sécurité sociale.

— La double lecture de l'article 30bis, § 3, alinéa 3, peut être rapprochée notamment de celle qui existait formellement (30) auparavant en ce qui concerne la condamnation d'office forfaitaire visée par l'article 35, § 1<sup>er</sup>, dernier alinéa, et § 3 (auparavant, article 35, dernier alinéa) de la loi du 27 juin 1969 précitée (31). Actuellement, ces lectures se rejoignent, sans s'identifier néanmoins, en termes de nature juridique.

(21) Voy. Cass., 28 juin 1999, *Pas.*, n° 405, Cass., 15 mars 1999, *JTT*, 1999, p. 417, avec note Ph. Gosseries, « Contentieux de l'assurance chômage - Sanction administrative - Compétence de pleine juridiction », Cass., 14 décembre 1998, *Pas.*, n° 520, Cass., 2 février 1998, *Pas.*, n° 57; rapp. également Cass., 14 mars 2005, *Pas.*, n° 156.

(22) Cass., 16 février 2007, R.G. n° F.06.0032.N, Cass., 16 février 2007, R.G. n° F.05.0015.N, Cass., 16 février 2007, R.G. n° C.04.0390.N. Cons. Cass., 21 janvier 2005, *Pas.*, n° 43, avec concl. min. publ. publiées dans *Au. Cass.*, Cass., 24 janvier 2002, *Pas.*, n° 51, Cass., 24 janvier 2002, *Pas.*, n° 52, Cass., 24 janvier 2002, *Pas.*, n° 53.

Pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. notamment arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004. Pour la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. notamment arrêts n° 96/2002 du 12 juin 2002 et n° 22/99 du 24 février 1999.

En matière de qualification à l'aune de l'article 6 de la Convention, voy. récemment C.E.D.H., arrêt *Loncke c. Belgique* du 25 septembre 2007. Voy. également C.E.D.H. (gde ch.), arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, C.E.D.H., arrêt *Janošević c. Suède* du 23 juillet 2002, C.E.D.H., arrêt *Kadri c. France* du 26 septembre 2000, C.E.D.H., arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994.

(23) Cass., 16 février 2006, *Pas.*, n° 97, avec concl. min. publ. Voy. aussi Cour const., arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003.

(24) Cour const., arrêt n° 8/2007 du 11 janvier 2007, point B.7.2., Cour const., arrêt n° 199/2006 du 13 décembre 2006, point B.7.2., Cour const., arrêt n° 165/2006 du 8 novembre 2006, point B.7.2., Cour const., arrêt n° 138/2006 du 14 septembre 2006, point B.7.2.

(25) Cour const., arrêt n° 86/2007 du 20 juin 2007.

(26) En matière sociale (à propos de l'ancien article 30ter, § 6, de la loi du 27 juin 1969 précitée; voy. *supra* notes 9 et 10), voy. par exemple Cour const., arrêt n° 157/2002 du 6 novembre 2002, point B.13., Cour const., arrêt n° 128/99 du 7 décembre 1999, point B.14. En matière fiscale, voy. notamment Cour const., arrêt n° 96/2002 du 12 juin 2002, point B.4.3., Cour const., arrêt n° 32/99 du 17 mars 1999, points B.10. et B.11., Cour const., arrêt n° 22/99 du 24 février 1999, point B.12.

(27) En ce qui concerne le contrôle de pleine juridiction et l'appréciation de la proportionnalité de la sanction par la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, voy. par exemple : C.E., arrêt *Carbone*, n° 138.007, du 3 décembre 2004.

Dans ses arrêts, la Cour constitutionnelle prend en considération ce contrôle de pleine juridiction de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat : Cour const., arrêt n° 164/2002 du 13 novembre 2002, point B.6., Cour const., arrêt n° 66/2002 du 28 mars 2002, point B.6., Cour const., arrêt n° 164/2002 du 13 novembre 2002, point B.6., Cour const., arrêt n° 54/2001 du 8 mai 2001, point B.10.3., Cour const., arrêt n° 4/2001 du 25 janvier 2001, point B.8.4.7.1.

(28) Par exemple : Cour const., arrêt n° 14/2006 du 25 janvier 2006, point B.7.

(29) Cour const., arrêt n° 8/2007 du 11 janvier 2007, point B.7.2., Cour const., arrêt n° 199/2006 du 13 décembre 2006, point B.7.2., Cour const., arrêt n° 165/2006 du 8 novembre 2006, point B.7.2., Cour const., arrêt n° 138/2006 du 14 septembre 2006, point B.7.2.

(30) Voy. note 12.

(31) Cass., 30 mai 2000, *Pas.*, n° 329, Cass., 24 juin 1998, *Pas.*, n° 335, Cass., 22 mars 1994, *Pas.*, n° 137. Comp : Cour const., arrêt n° 80/2001 du 13 juin 2001, Cour const., arrêt n° 92/2000 du 13 juillet 2000, Cour const., arrêt n° 98/99 du 15 septembre 1999.



larcier

Dans la collection *Droit social*

## La notion de rémunération en sécurité sociale

par Marc MORSA

Un volume 16 x 24 cm, 252 p., 2008 ... 47,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services  
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve  
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.  
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

Prévisible depuis l'arrêt rendu en audience plénière le 27 septembre 2006 (32), tel qu'éclairé par les conclusions de M. l'avocat général Damien Vandermeersch, la solution adoptée par la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 12 septembre 2007 (33), consiste à considérer que :

« La qualification d'indemnité donnée à cette condamnation ainsi que l'allocation de son montant à l'office préjudicié par le non-paiement des cotisations indiquent que le législateur a entendu, au dernier alinéa de l'article 35 précité, instituer un mode particulier de réparation ou de restitution destinée, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, à rétablir l'ordre légal troublé par l'infraction.

» La condamnation d'office de l'employeur au paiement de cette somme ne constitue dès lors pas une peine au sens des articles 7 à 43<sup>quater</sup> du Code pénal, même si elle relève de l'exercice de l'action publique.

» Toutefois, la condamnation d'office précitée emprunte à la sanction pénale qu'elle complète une portée répressive et dissuasive qui se déduit du montant infligé, lequel est porté au triple des cotisations éludées pour s'ajouter ensuite à la somme de celles-ci. La mesure ne se borne dès lors pas à réparer le dommage causé par l'infraction.

» Revêtant sous cet aspect le caractère d'une sanction pénale au sens de l'article 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la condamnation prévue par l'article 35, alinéa 4, ancien, de la loi du 27 juin 1969 ressortit aux condamnations dont le prononcé peut être suspendu conformément aux articles 3 à 6 et 18<sup>bis</sup> de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation » (34).

Sous l'impulsion d'une qualification pénale au sens de l'article 6.1. ou 7.1. de la Convention, laquelle emporte « uniquement » l'application des garanties conventionnelles en cause, le régime juridique se profile ici sur un horizon

commun pour certaines des règles de droit pénal et de procédure pénale internes *in favorem*, comme c'est le cas, à ce jour, pour le sursis à l'exécution de la condamnation d'office et la suspension de son prononcé.

Pour d'autres règles *in favorem*, l'applicabilité reste, malgré le besoin de prévisibilité et de sécurité juridique, en voie de détermination; la tentation est grande, toutefois, d'analyser le raisonnement opéré par la Cour dans son arrêt du 12 septembre 2007, comme la reconnaissance d'un automatisme d'application de ces autres règles de droit pénal général. Cette analyse n'est formellement pas exclue, mais il ne s'agit pas là d'un enseignement exprès, la Cour ne tranchant pas cette question. En l'espèce, la reconnaissance de l'applicabilité a peut-être pris le détour implicite de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation étant dispensée de lui soumettre une question préjudicielle, dès lors que la Cour constitutionnelle a déjà statué, comme en cette espèce, sur une question ayant un objet identique (35) (36). Elle pourrait, dans d'autres affaires, prendre appui, par exemple, sur des garanties conventionnelles ou sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

**7. — Approche conventionnelle - Thèse du droit au respect des biens.** — Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 à la Convention, « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

» Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Et si cette disposition permettait de s'affranchir, dès lors qu'il s'agit de mobiliser spécifiquement le principe de proportionnalité, du débat épistémologique sur la nature pénale ou civile de l'amende présentant un réel degré de gravité...

C'est une approche qui trouve appui sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, plus spécialement, sur l'arrêt *Mamidakis c. Grèce* du 11 janvier 2007.

Dans cet arrêt, la Cour européenne se prononce relativement à une espèce où, par une décision prise par le directeur du service spécial des investigations douanières et confirmée très largement lors des recours juridictionnels, le requérant se vit imposer, à titre personnel, une amende d'un montant total de 3.008.216 EUR du chef de contrebande (amende pouvant aller jusqu'au décuple des taxes frappant l'objet de l'infraction) et fut par ailleurs déclaré conjointement responsable pour le paiement des amen-

des imposées à d'autres personnes pour violations douanières, d'un montant total de 4.946.145 EUR.

La Cour européenne y affirme que :

« (...) L'amende litigieuse est une ingérence dans le droit garanti par le premier alinéa de l'article 1 du protocole n° 1, car elle prive le requérant d'un élément de propriété, à savoir de la somme qu'il doit payer; cette ingérence se justifie conformément au second alinéa de cet article, qui prévoit expressément une exception pour ce qui est du paiement d'impôts, d'autres contributions ou d'amendes. Toutefois, cette disposition doit être interprétée à la lumière du principe général énoncé dans la première phrase du premier alinéa, et il doit donc exister un rapport de proportionnalité raisonnable entre les moyens employés et le but recherché.

» Par conséquent, l'obligation financière née du paiement d'une amende peut léser la garantie consacrée par cette disposition, si elle impose à la personne en cause une charge excessive ou porte fondamentalement atteinte à sa situation financière » (37).

Ensuite, la Cour constate, quant à l'exigence de proportionnalité entre l'ingérence dans le droit du requérant et le but d'intérêt général poursuivi, « l'importance de l'amende infligée », l'infliction de « sommes extrêmement élevées, allant jusqu'au décuple des taxes frappant l'objet de l'infraction » (38).

Elle conclut à la violation de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1, dans la mesure où « dans ces circonstances, même en tenant compte de la marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants en cette matière (...), la Cour estime que l'imposition de l'amende en question a porté une telle atteinte à la situation financière du requérant qu'il s'agissait d'une mesure disproportionnée par rapport au but légitime qu'elle poursuivait » (39).

Il ne fait nul doute que le caractère proportionné de la sanction pécuniaire trouve, dans cette jurisprudence portant appréciation de la validité de l'ingérence apportée au droit au respect des biens, une garantie d'effectivité. Fruit de l'application « nouvelle » d'une disposition ancienne, cette garantie s'ajoute de la sorte aux modes classiques d'intervention du principe de proportionnalité (l'absence de traitement « inhumain et dégradant », le contrôle de pleine juridiction des sanctions administratives, ...).

Gian-Franco RANERI

Référéndaire près la Cour de cassation (40)

Maître de conférences à l'U.L.B.

(32) JTT, 2006, p. 438, avec concl. av. gén. D. Vandermeersch, et note Ph. de Koster, « La condamnation d'office au triple des cotisations éludées en sursis », *R.D.P.C.*, 2007, p. 91, avec concl. D. Vandermeersch. Cons. « Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2006 », Bruxelles, éd. du *Moniteur belge*, 2007, p. 91.

(33) R.G. n° P.07.0373.F.

(34) En matière fiscale, voy. récemment, Cass., 7 juin 2007, R.G. n° F.06.0056.F, arrêt opérant une distinction entre le caractère répressif d'une sanction et le caractère pénal au sens des articles 60 à 62 du Code pénal et des « principes relatifs au concours idéal d'infractions ou au délit collectif »; la Cour énonce, en effet, que « la circonstance que de telles amendes (majoration égale au double du montant dû, en application des articles 299<sup>bis</sup>, § 3, du Code des impôts sur les revenus 1964 et 402 du Code des impôts sur les revenus 1992) revêtiraient un caractère répressif n'en fait pas pour autant des amendes pénales auxquelles seraient applicables les dispositions et principes visés au moyen ». Pour une application, en matière sociale, de la distinction entre une peine au sens de l'article 2, alinéa 2, du Code pénal et une sanction pénale au sens de l'article 7.1 de la Convention et 15.1 P.I.D.C.P., voy. Cass., 14 mars 2005, *Pas.*, n° 156. Comp. également, au sujet de l'indemnité forfaitaire de l'article 11<sup>bis</sup> de l'ancien arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 précité, Cass., 30 mai 2000, *Pas.*, n° 329 et Cass., 17 novembre 1993, *Pas.*, n° 466 (sommaire), *R.D.P.C.*, 1994, p. 799.

(35) Article 26, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 « sur la Cour d'arbitrage ».

(36) En l'occurrence : Cour const., arrêt n° 92/2000 du 13 juillet 2000, Cour const., arrêt n° 98/99 du 15 septembre 1999.

(37) C.E.D.H., arrêt *Mamidakis c. Grèce* du 11 janvier 2007 (définitif), § 45.

(38) *Op. cit.*, § 47.

(39) *Op. cit.*, § 48. Pour un constat d'absence de violation, voy. C.E.D.H., arrêt *Giannetaki E. & S. Metaforiki Ltd et Giannetakis c. Grèce* du 6 décembre 2007, § 35. Par ailleurs, pour un moyen invitant la Cour européenne des droits de l'homme à se prononcer sur la proportionnalité d'une confiscation à l'aune de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 et déclaré recevable par cette haute juridiction, cons. décision sur la recevabilité *Fondi c. Italie* du 30 août 2007.

(40) Cette note, terminée le 2 avril 2008, exprime le point de vue personnel de l'auteur.